

## **VI. VOTO MINORITARIO QUE FORMULAN LOS SEÑORES MINISTROS JOSÉ VICENTE AGUINACO ALEMÁN, SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO Y JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO<sup>8</sup>**

Los señores Ministros José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Angujano y José de Jesús Gudiño Pelayo no compartieron el criterio de la mayoría, argumentando lo siguiente:

Lo considerado en la sentencia parte de una exorbitante interpretación a los alcances de la suplencia de la queja, establecida en los artículos 39 y 40 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, ya que si bien es cierto la suplencia de la queja en las controversias constitucionales es muy amplia, y puede llevar a corregir los errores de los preceptos que de manera equivocada se invocan, así como a suplir la deficiencia de la demanda, contes-

<sup>8</sup> Voto minoritario publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, Tomo XV, mayo de 2002, pág. 763, consultable en el IUS 2004, con el número de registro 20104.

tación, alegatos o agravios, ello no implica en modo alguno autorización para variar la litis, es decir, a cambiar "la cuestión efectivamente planteada" por las partes.

Contrariamente a lo sostenido por la mayoría, los conceptos de invalidez no sólo son de legalidad, lo que llevaría a este Máximo Tribunal a suplir la deficiencia de éstos, sin embargo, del estudio íntegro de la demanda se advierte que lo que se propone esencialmente es la invasión de las atribuciones del Congreso de la Unión por un indebido ejercicio de la facultad reglamentaria, lo que es de naturaleza eminentemente constitucional.

La confrontación que en suplencia de la queja se realiza entre el Reglamento impugnado con los artículos constitucionales relativos a la materia de energía eléctrica, viene a modificar la cuestión efectivamente planteada, lo que implica una desnaturalización de las controversias constitucionales, las cuales no tienen como fin el análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma.

En las controversias constitucionales es necesario atender exclusivamente a la cuestión efectivamente planteada por las partes, pudiendo para tal efecto suplir la deficiencia de la queja. Situación que no acontece en el presente asunto, ya que no se impugnó la inconstitucionalidad de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, por lo que el estudio debería haberse limitado exclusivamente a la confrontación del Reglamento impugnado con la referida ley.

Así, el estudio debió realizarse conforme a lo que es materia de la litis, esto es, el análisis de los límites de la facultad

reglamentaria a la luz de los principios que la rigen, los cuales son los de reserva de ley y subordinación jerárquica a la misma.

Los reglamentos son normas subordinadas, por lo que deben ser analizados confrontándolos con el ordenamiento que les da origen y los justifica, y son constitucionales en la medida que sean acordes con la ley que reglamentan, pero no directamente de los preceptos constitucionales, ya que en la mayoría de los casos las disposiciones de la Constitución en sí mismas no son materia ni contenido de los reglamentos del Ejecutivo, al constituir aquéllas meras enunciaciones que, a su vez, requieren de leyes reglamentarias; lo que implica que el legislador tiene un margen de acción muy amplio que le confía la Constitución, porque ésta no suele ocuparse de dicha tarea, ya que el Constituyente originario o el Órgano Reformador sólo enuncian atribuciones o competencias genéricas, por ejemplo, todas las que menciona el artículo 73, de tal suerte que la inconstitucionalidad de un reglamento gravitaría comúnmente en torno a la violación de los artículos 89, fracción I, y 92 de la Constitución Federal.

Por consiguiente, para poder determinar si el decreto infringe lo establecido en los artículos 49, 73, fracción X, 89, fracción I y 134 constitucionales, debe estarse a lo efectivamente planteado por las partes en la demanda y contestación, lo que en forma resumida consiste en lo siguiente:

- a) Si la autorización a la Comisión Federal de Electricidad para adquirir los excedentes de energía eléctrica de los permisionarios de autoabastecimiento y de cogeneración contravienen o no los límites que para tal efecto establece

la ley que reglamenta y, por tanto, si existe una invasión a la esfera competencial del Congreso de la Unión que expidió tal ordenamiento.

b) Si resulta válida la autorización para que la Secretaría de Energía pueda modificar a través de un acto administrativo el porcentaje de 50% establecido en el propio Reglamento para que la Comisión Federal de Electricidad pueda adquirir energía eléctrica de los permisionarios de autoabastecimiento, cuando tengan una capacidad instalada total superior a 40 MW, y

c) Si el hecho de que los permisionarios que tengan excedentes de producción podrán ponerlos a disposición de la Comisión Federal de Electricidad para que los adquiera a precio inferior al costo que su generación represente sin que esto implique un desacato al artículo 134 constitucional.

Se estimó que lo anterior constituye la materia de la litis en la presente controversia constitucional.

Por lo que respecta a la cuestión efectivamente planteada, es indispensable acudir al sistema que la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica establece para los diferentes particulares permisionarios, con la finalidad de poder estar en aptitud de confrontar los límites establecidos en aquélla con los previstos en el Reglamento impugnado para las figuras de autoabastecimiento y de cogeneración.

De la lectura de la ley se desprenden los tipos y características de los distintos permisionarios:

#### a) Productor independiente

De conformidad con el artículo 36, fracción III de la ley, es aquel que genera energía eléctrica superior a los 30 MW, destinada exclusivamente para su venta a la Comisión Federal de Electricidad. En este supuesto no pueden existir excedentes de producción.

Para el otorgamiento del permiso respectivo, los proyectos motivo de solicitud deben estar incluidos en la planeación y programas respectivos de la Comisión Federal de Electricidad, y que se aproveche la energía eléctrica de menor costo económico total a largo plazo para la propia Comisión.

#### b) Cogenerador

Es aquel que utiliza la energía térmica o los combustibles producidos en sus procesos productivos para generar, directa o indirectamente, energía eléctrica, y que ésta se destine a satisfacer las necesidades de los establecimientos asociados a la cogeneración, obligándose a poner sus excedentes a disposición de la Comisión Federal de Electricidad.

#### c) Autoabastecedor

De conformidad con el artículo 36, fracción I de la ley de la materia, es el que utiliza la producción de energía eléctrica para fines de autoconsumo, siempre y cuando esa energía provenga de plantas destinadas a la satisfacción de necesidades del conjunto de copropietarios o socios y cuando no resulte inconveniente para el país, a juicio de la Secretaría de Energía, comprometiéndose a poner a disposición de la Comisión Federal de Electricidad sus excedentes.

#### d) Pequeño productor

Es el particular que destina su generación de energía para venta a la Comisión Federal de Electricidad, en su totalidad, con una capacidad menor a 30 MW en un área determinada por la Secretaría de Energía, pudiéndose otorgar permisos cuando la producción total de energía no exceda de 1MW, siempre y cuando se destine a pequeñas comunidades rurales o áreas aisladas que carezcan de la misma y se utilice para su autoconsumo.

Cabe hacer la aclaración que la Secretaría de Energía, oyendo la opinión de la Comisión Federal de Electricidad, puede otorgar permiso para una de las actividades o para ejercer varias, lo que implica que un mismo permisionario pueda contar con distintas modalidades.

Sólo los permisionarios de autoabastecimiento y de cogeneración pueden vender los excedentes de producción a la Comisión Federal de Electricidad, lo cual descansa en una sana lógica de aprovechamiento de la energía producida por los particulares, ya que únicamente en estas modalidades se prevén excesos de producción de energía eléctrica y los cuales se obligan a poner a disposición de la Comisión, sin que la ley establezca porcentaje o límite alguno para su venta. Es decir, no existe limitación alguna para que ésta pueda comprar parte o la totalidad del excedente de producción, dependiendo de las necesidades de crecimiento y sustitución de la capacidad de generación del sistema eléctrico nacional, conforme al artículo 36 bis de la ley, que además señala en su fracción I los criterios a seguir para aprovechar la producción de los permisionarios, cuando:

a) La producción de energía eléctrica resulte de menor costo para la Comisión Federal de Electricidad, en el corto o largo plazo, y

b) Además, se ofrezca óptima estabilidad, calidad y seguridad para la prestación del servicio público por la Comisión Federal de Electricidad.

Los criterios para comprar energía de los permisionarios deben verificarse por la Comisión Reguladora de Energía (órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía), en términos del artículo 3o, fracción III, de la Ley de dicha Comisión, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de octubre de 1995.

Para el otorgamiento de los respectivos permisos de autoabastecimiento y de cogeneración, se requiere necesariamente que la electricidad generada se destine a la satisfacción de sus necesidades propias (autoconsumo), conforme lo establece el artículo 36, fracciones I y II, inciso a), de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. No puede de ello derivarse que existe en la propia naturaleza de estas figuras la limitación de la venta de excedentes a la Comisión Federal de Electricidad, dada la variabilidad en la generación y la necesidad de compra por la misma Comisión, cuando así convenga para la prestación del servicio público y bajo las condiciones señaladas en los párrafos anteriores. Esos límites, en cambio, sólo se establecen en el artículo 135, fracción II del Reglamento.

De la reforma puede apreciarse que es en el Reglamento donde se establecen límites y no en la ley respectiva, por lo que contrariamente a lo expresado por la parte actora en

el punto de la litis que se analiza, no se amplía en el Reglamento impugnado la participación de los particulares permisionarios de autoabastecimiento y de cogeneración para la venta a la Comisión Federal de Electricidad, puesto que la propia Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica no prevé límite alguno para ello, conforme se ha establecido.

De conformidad con lo anterior, el primer gran problema que se advierte del razonamiento adoptado por el Tribunal en Pleno, es que para determinar el objeto y fin de la ley se hace preciso acudir al texto y antecedentes constitucionales, así como al concepto teórico de autoconsumo y excedentes, lo cual no se considera válido adoptar en este caso para conocer los fines de una ley en sentido formal y material, pues lo único que se denota con su empleo es que el texto de la ley, por sí mismo, no establece los límites del autoconsumo y excedentes a los cuales se refiere la ejecutoria.

La sentencia sólo parte de la presunción de que el legislador no pretendió apartarse del sentido que informa a los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, y construye un concepto teórico o doctrinal de autogeneración y de excedentes que no se encuentra señalado expresamente en la ley.

Esto es grave, porque desde un punto de vista técnico la Suprema Corte haría decir a la ley lo que no dice expresamente, y porque lo anterior saca a relucir que la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, por sí misma, no establece límites a la administración pública para determinar lo que en cada caso concreto es autogeneración y, sobre todo, excedentes.

Si se declara la invalidez del Reglamento, deja a la administración pública sin una norma reglada que le fije límites



para la expedición de los permisos de autoabastecimiento y cogeneración.

Los reglamentos se dictan con el objeto de hacer allanar la aplicación de la ley, complementando y regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, pues si el legislador pudiera prever todas las variaciones de interés público durante el transcurso del tiempo, no existirían los reglamentos y la normatividad administrativa. El Constituyente previó que en muchos casos el titular de la administración pública tendría que cubrir algunos vacíos que dejarían las normas legislativas, a fin de clarificar y asegurar su aplicación.

Se dice que la facultad de expedir reglamentos es discrecional, en tanto que depende del criterio del titular del Ejecutivo expedirlos o no, pues es un hecho que no toda ley necesita ser reglamentada para su aplicación.

Una vez que el Ejecutivo ha decidido reglamentar una ley, le corresponde aclarar las figuras jurídicas inmersas en las normas de aquélla y precisar la forma en que su regulación puede coadyuvar al cumplimiento de la ley, lo cual no es arbitrario pues encuentra sus límites en el texto de la ley, y ha de guardar una proporción razonable y acorde con los fines y medios que la ley quiere lograr.

El criterio mayoritario sostuvo que la finalidad de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica es la de limitar la producción de los autoabastecedores y cogeneradores a la satisfacción de sus propias necesidades, y sólo por excepción vender sus excedentes a la Comisión Federal de Electricidad.

Sin embargo, esa interpretación es académica, puesto que la ley no establece esa finalidad de manera expresa y con claridad, lo cual hace que el texto adolezca de indeterminación, lo cual permite que la administración pública sea quien pueda determinar, vía permiso, cuánto debe producir un autoabastecedor o un cogenerador y, por ende, cuánto puede venderle a la Comisión Federal de Electricidad. Esto quiere decir que la finalidad que presuponemos que tiene la ley se ve amenazada a través de la emisión de actos administrativos con un contenido no reglado, lo cual abriría la puerta a la arbitrariedad.

El Reglamento es el medio para establecer límites al autoabastecimiento y a la cogeneración de energía eléctrica, y lo que correspondería analizar es si con éste se asegura el cumplimiento de la ley y los fines del legislador.

En la opinión de los Ministros que suscribieron el voto de minoría, en la ejecutoria se declararon inconstitucionales los preceptos reglamentarios impugnados porque se apartan de los límites impuestos por la ley, los cuales se encuentran implícitos en las expresiones "autoabastecimiento" y "cogeneración", siendo que la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica no establece en forma expresa esa limitación, por lo que nada impide que sea el Reglamento el que señale discrecional y razonablemente las limitaciones y alcances de los excedentes que siempre se canalizarán a la Comisión Federal de Electricidad.

Por otra parte, al decidir que los límites establecidos por el Reglamento son demasiado laxos y que deben establecerse otros más estrechos, quizá no significaría sustituir al presidente

de la República en la facultad reglamentaria, y equivaldría a que el Reglamento lo expida la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lugar del presidente.

A juicio de la minoría, surgieron dos opciones:

Declarar la inconstitucionalidad de los preceptos reglamentarios porque no coinciden con los límites que, supuestamente, la ley establece y en la cual existen.

Respetar los límites que "modestamente" ha fijado el Ejecutivo a fin de evitar que la norma legislativa quede completamente ambigua y sujeta a la más arbitraria aplicación por parte de la Comisión Federal de Electricidad.

Las consecuencias de la interpretación que se ha dado serían que ante la invalidez del Reglamento, la ley continúe siendo interpretada por la autoridad administrativa de manera abierta y arbitraria, a través del otorgamiento de permisos que, en cuanto a porcentajes de producción y venta de excedentes, no tienen una normatividad reglada por la ley.

Por su parte, las consecuencias de declarar la constitucionalidad del Reglamento serían que la Secretaría de Energía tenga una limitación (modesta o no) para otorgar permisos de autoabastecimiento y de cogeneración de energía eléctrica, cuyos excedentes deban venderse siempre a la Comisión Federal de Electricidad.

Los que suscribieron el voto de minoría se inclinaron por la segunda, porque al declarar la invalidez del reglamento se dejaría la puerta abierta a la Secretaría de Energía para que interprete de manera arbitraria la finalidad de la ley.

Por las anteriores consideraciones, los preceptos del Reglamento impugnado no rebasan los límites que prevé la ley; por el contrario, complementan la omisión de aquélla, señalando límites precisos de los excedentes para las figuras de autoabastecimiento y de cogeneración.

Por otra parte, no compartieron la interpretación que se realiza del artículo 27, párrafo sexto, en cuanto se afirma que "no es sólo la prestación del servicio público lo que es exclusivo de la nación, sino todas las operaciones especificadas, cuando lo tengan por objeto".

En la sentencia no se analizó lo que se entiende por "servicio público", siendo fundamental ese estudio, puesto que de ello depende la interpretación del referido precepto constitucional.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido diversos criterios sobre esta temática:

*Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo LXIX, Quinta Parte, página 34, de rubro SERVICIO PÚBLICO, NOCIÓN DE.; Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XLII, página 3344, de rubro SERVICIO PÚBLICO, NOCIÓN DE, CON RELACIÓN A LA DIRECCIÓN DE PENSIONES y Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XV, página 1251, de rubro SERVICIO PÚBLICO.*

El *Diccionario Jurídico Mexicano*, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (Porrúa, 13ª ed., 1999), define al servicio público como:

Institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una

manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a través de prestaciones individualizadas las cuales podrán ser suministradas directamente por el Estado o por particulares mediante concesión. Por su naturaleza, estará siempre sujeta a normas y principios de derecho público.

Características. Son creados y organizados por el Estado mediante leyes emanadas del Poder Legislativo; deben ser continuos, uniformes, regulares y permanentes; suponen siempre una obra de interés público; satisfacen el interés general oponiéndose al particular; satisfacen necesidades materiales, económicas, de seguridad y culturales; pueden ser gratuitos o lucrativos. Varían de acuerdo con la evolución natural de la vida humana y las circunstancias de oportunidad política, espacio-temporales, de ambiente o climatológicas.

La doctrina administrativa acepta que los particulares presten los servicios públicos que corresponden al Estado, pero en todo caso, la prestación de este servicio requiere previo permiso o concesión según lo prevean las leyes, y deberá ser continua, uniforme, regular y permanente.

La exclusión de los gobernados que establece la Constitución Federal para la prestación del servicio público de energía eléctrica, se entiende referida únicamente al desarrollo por el sector privado de actividades de generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica, encaminadas todas a la prestación del servicio público, pero no reza esa exclusión para actividades ajenas y distintas a la prestación de ese servicio público.

Bajo estas premisas, el artículo 3o. de la propia Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica, es la que regula y define las actividades relacionadas con la energía eléctrica que no se consideran servicio público, a saber:

- a) La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción;
- b) La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad;
- c) La generación de energía eléctrica para su exportación;
- d) La importación de energía eléctrica destinada al abastecimiento para usos propios, y
- e) La generación de energía eléctrica para emergencias por interrupciones del servicio.

Las figuras de autoabastecimiento y de cogeneración tienen como finalidad común el autoconsumo, lo que implica que la generación de electricidad no se destina al servicio público; ni tampoco puede considerarse que esto suceda cuando sus excedentes se pongan a la disposición de la Comisión Federal de Electricidad para que sea ésta la que proporcione el servicio público que la Constitución y la referida ley le encomiendan.

Por cuanto al argumento de la mayoría respecto que bajo las figuras de autoabastecimiento o cogeneración, la producción de energía eléctrica se destine al servicio público y que

esto significaría una burla al artículo 27 constitucional, descansa en meras conjeturas, ya que la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica obliga a los permisionarios a sujetarse a sus respectivos autoconsumos, donde especifican los montos que pueden generar, pero no señala límite alguno para disponer de los excedentes, salvo su venta inexorable a la Comisión Federal de Electricidad.

Con la interpretación de la mayoría, se llegaría al absurdo de considerar que cualquier excedente de producción que se venda a la Comisión Federal de Electricidad en las formas mencionadas sería inconstitucional, al no ser razonable tal excedente; y cuyo permiso se condiciona a que la producción se destine al autoconsumo.

Por último, la confrontación directa del Reglamento impugnado con los preceptos constitucionales a que hace referencia el criterio mayoritario, desnaturaliza el sistema previsto para las controversias constitucionales.

Por todo lo anterior estimaron que los artículos 126, párrafos segundo y tercero y 135, fracción II y párrafos antepenúltimo, penúltimo y último del Reglamento de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, reformados y adicionados mediante decreto presidencial publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de mayo de 2001, no contravienen la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, ni tampoco precepto constitucional alguno.